

Grundbegriffe des preußischen Wegerechts

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorewürde

einer Hohen

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Berlin

vorgelegt

von

Gerhard Lassar

Gerichtsreferendar in Berlin

Verlagsbuchhandlung Julius Springer in Berlin

1919

Mit Genehmigung einer hohen Fakultät
erfolgt hier nur der Abdruck der §§ 1—4.

Die ganze Arbeit erscheint gleichzeitig im
Verlag von Julius Springer in Berlin.



Inhaltsverzeichnis

A. § 1. Fragestellung	1
B. Der öffentliche Weg	6
§ 2. Dogmatische Grundlegung	6
§ 3. Die Entwicklung des Begriffs bis zum Allgemei- nen Landrecht	15
§ 4. Der landrechtliche Begriff und seine Entwicklung	22

Abkürzungen

A.A. = Ausführungsanweisung.

Bl. = Preußisches Verwaltungsblatt.

OVG. (ohne Zusatz) = Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Amtliche Sammlung.

R.G. (ohne Zusatz) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Wg.O. Sachsen = Wegeordnung für die Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 (G.G. 316) in der Fassung des G. vom 8. Juni 1908 (G.G. 157).

Wg.O. Westpr. = Wegeordnung für die Provinz Westpreußen vom 27. September 1905 (G.G. 357).

Wg.O. Pos. = Wegeordnung für die Provinz Posen vom 15. Juli 1907 (G.G. 243).

Wg.O. Ostpr. = Wegeordnung für die Provinz Ostpreußen vom 10. Juli 1911 (G.G. 99).

A. § 1. Fragestellung.

Die von Otto Mayer begründete Schule der Verwaltungsrechtswissenschaft¹⁾ will in der konstruktiven Bearbeitung des Verwaltungsrechts keine, wie immer geartete Berücksichtigung staatswissenschaftlicher Stoffgliederung gelten lassen. Die von diesem Gesichtspunkt ausgehenden Darstellungen, welche immerhin als „treffliche“ anerkannt werden, enthalten nur „Konglomerate“ verschiedenartiger Rechtsätze²⁾. Demgegenüber hat mit Otto Mayer und seinen Nachfolgern die rein juristische Methode ihren Einzug in die Verwaltungsrechtswissenschaft gehalten³⁾. Daran ist allerdings soviel richtig, daß in der älteren Verwaltungsrechtswissenschaft „über der Analyse der einzelnen Rechtsvorschriften die Synthese, die Zusammenfassung zu Rechtsinstituten zu kurz gekommen ist“. Es ist ferner zuzugeben, daß eine Systematik den Namen einer juristischen nicht verdient (aber nicht bloß keiner „rein juristischen“, sondern überhaupt nicht denjenigen einer juristischen), welche die Stoffgliederung einer anderen Wissenschaft, nämlich der Verwaltungslehre, entlehnt. Aus diesen Zugeständnissen folgt aber nicht, daß die Zusammenfassung der Rechtsätze zu Instituten nur generalisierend möglich wäre. Es soll allerdings nach jener Auffassung nur „dieselbe juristische Betrachtungsweise, durch die die Privatrechtswissenschaft groß geworden ist, auf die Behandlung verwaltungsrechtlicher Probleme übertragen worden sein“³⁾. Dem können wir nicht folgen. Die Sätze des

¹⁾ Über ihren dogmengeschichtlichen Ausgangspunkt handelt E. Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht, W.B.St.B.R. (2) III 688 ff. § 32.

²⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I (1) 17, I (2) 19 ff.

³⁾ Fleiner, Institutionen (3) 46.

bürgerlichen Rechts sind, wenn wir in diesem Zusammenhang zunächst von denjenigen des allgemeinen Teils absehen, zur Regelung privatwirtschaftlicher Vorgänge bestimmt. Ein Mann und eine Frau gehen eine auf Herstellung vollster Lebensgemeinschaft gerichtete Verbindung ein⁴⁾. A. tauscht mit B. eine Sache gegen eine andere Sache oder gegen einen Preis, er überläßt ihm eine Sache zur Benutzung, arbeitet für ihn gegen Entgelt. Für alle diese Verhältnisse des Lebens enthält die Rechtsordnung zweckbestimmte Sätze (in den angeführten Beispielen über das Recht der Ehe, des Kaufs, der Miete, des Dienstvertrages)⁵⁾. Sie enthalten die rechtliche Ordnung dieser Verhältnisse des persönlichen und Verkehrslebens. Ihr Inhalt „beruht auf der Erkenntnis und Wertung der nebeneinander bestehenden und sich bekämpfenden Zwecke und Bedürfnisse des Lebens“⁶⁾. Der Zweck der Rechtsätze ist, den von ihnen geregelten Erscheinungen des Lebens eine entsprechende Rechtsform zu geben. Erst derartige besondere Tatbestände (scil. der Rechtsordnung) sind geeignet, den allgemeinen, d. i. rein logischen Regeln Leben und praktische Bedeutung zu geben⁷⁾. Das bürgerliche Recht — und der gleiche Nachweis ließe sich für die anderen Rechtsgebiete führen — ist, wie aus den gegebenen Beispielen erhellt, die beliebig vermehrbar sind, aber für unsere Betrachtung genügen, kein Inbegriff von der Wirklichkeit losgelöster, logischer Sätze. Entsprechend diesem Aufbau des Rechts stellt auch die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts nicht formale Kategorien auf, sondern Institute, welche den — wiederum durch die Lebensverhältnisse bestimmten — eigenartigen Inhalt der von ihr erforschten Rechtsätze erfassen. Das wird besonders klar, wenn die Entwicklung Verhältnisse schafft, denen die evidenten Rechtsätze nicht genügen. Dann ist es zunächst Aufgabe der Wissenschaft, ihnen entsprechende Sätze zu entwickeln. Soweit es sich

⁴⁾ So bestimmt zutreffend Wolff, Familienrecht (Enneccerus-Ripp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts IV) § 2 I auch den Begriff der Ehe nach ihrem sittlichen Grundgedanken.

⁵⁾ Vgl. v. Gierke, Deutsches Privatrecht III § 190 III.

⁶⁾ v. Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I S. VIII.

⁷⁾ Soeniger, Gemischte Verträge I 15 ff.

um gänzlich neuartige Erscheinungen handelt, ist es Sache der Gesetzgebung, entsprechende neue Normen zu schaffen.

Das Verwaltungsrecht enthält die Normen für diejenigen Verwaltungsgeschäfte, die der Staat als obrigkeitliche Macht besorgt, und für die aus diesen Verwaltungsgeschäften sich ergebenden Beziehungen. Der „Summe von Einrichtungen technischer, geistiger, juristischer Natur, deren jede einen dem Gemeinwohl nützlichen Erfolg erreichen will“⁸⁾, bietet, soweit der Staat als Hoheitssubjekt handelt, das Verwaltungsrecht die entsprechenden Rechtsnormen. Aus seinen Sätzen hat die Wissenschaft die Institute des Verwaltungsrechts zu gewinnen. Insofern es solche Rechtsätze enthält, welche besonderen Erscheinungen des Verwaltungslebens eine besondere Regelung zuteil werden lassen, muß die Begriffsbildung dem entsprechen.

Darin liegt kein Rückfall in die sogenannte staatswissenschaftliche Methode. Nicht zwischen allen Normen, die ein und dieselbe Erscheinung regeln, besteht ein innerer Zusammenhang. Er ist nur bei denjenigen Vorschriften gegeben, welche die „(abstrakten) Lebensverhältnisse“⁹⁾ regeln. Die eigentümliche Art der rechtlichen Behandlung ist das Begriffsmerkmal der besonderen Vorschriften¹⁰⁾. Nur insofern hinsichtlich einer „besonderen Lebenssphäre“¹¹⁾ solche Sätze bestehen, welche entsprechend deren natürlicher (wirtschaftlicher, gesellschaftlicher, politischer) Eigenart auch von rechtlicher Sonderart sind, kann von einem Sonderrecht gesprochen werden. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, zu erforschen, ob innerhalb des objektiven Rechts eine solche Sonderung besteht. Nur wenn dies der Fall ist, kann man bestimmte Rechtsätze als ein Sonderrecht bezeichnen, und nur dann können diesem Zustande des Rechts auch Sonderrechtsinstitute entsprechen. Ein solches Sonderrecht kann man dann nach den Gebieten des öffentlichen Verwaltungslebens benennen, die es regelt. Da es sich um Rechtsteile

⁸⁾ Gleiner aaD. 5.

⁹⁾ Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht 27.

¹⁰⁾ Zitelmann aaD. 20.

¹¹⁾ v. Gierke aaD. I 43.

handelt, erscheint es genauer und unmißverständlicher gegenüber den Anhängern der „reinen Jurisprudenz“, nicht von Eisenbahn-, Bankwesen usw.¹²⁾ oder von Forstwirtschaft, Jagd, Fischerei¹³⁾ zu handeln, vielmehr von Eisenbahnrecht, Jagdrecht usw.^{14) 15)}.

Die folgenden Ausführungen versuchen, nach den dargelegten Gesichtspunkten die hauptsächlichen Grundbegriffe des preußischen Wegerechts aufzuzeigen. Gegenstand der Erörterung sind Rechtsätze, welche das Wegewesen als Gegenstand öffentlicher Verwaltungstätigkeit regeln. Die Erörterung beschränkt sich auf das preußische Wegerecht. Die einzelnen Landesrechte sind so verschieden entwickelt, daß die Aufstellung der Institute von ihnen auszugehen hat. Erst wenn diese Bearbeitung erfolgt ist, können wir im Wege der Vergleichung ermitteln, inwieweit sich allgemeine, für alle verglichenen Rechtsgebiete gültige Begriffe aufstellen lassen. Es ist gewiß erstrebenswert, sie und damit ein deutsches Verwaltungsrecht zu gewinnen. Ohne positivrechtliche Grundlage sind solche Begriffe aber nur trügerische Gebilde, die am Prüfstein der *lex lata* zerfallen¹⁶⁾.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich zunächst, daß dem Wegerecht als einem systematischen Sonderteil diejenigen Gebilde nicht angehören, durch welche die Verpflichtung bezüglich

¹²⁾ So z. B. Laband, Staatsrecht III (5) §§ 74, 75.

¹³⁾ Meyer-Dochow, Verwaltungsrecht (3) §§ 144 ff.

¹⁴⁾ Rormann, Lehr- und Handbücher der Verwaltungsrechtswissenschaft, KritVjS. 51, 210 ff., 251.

¹⁵⁾ Grundsätzlich für die staatswissenschaftliche Systematik: Anschütz, i. Jur. Lit.Bl. 19, 215; Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, 156 ff.; Rormann aaD. 217, 250 u. Angeführte; E. Kaufmann aaD. 718. Vgl. auch Lamp, Theorie des deutschen Zollrechts 16 ff.

¹⁶⁾ Die Notwendigkeit, eine derartige Untersuchung auf Landesrecht aufzubauen, betonen Rormann aaD. 256, Schulzenstein im V.A. 27, 236, während Otto Mayer (aaD. 21) das Fehlen landesrechtlicher Untersuchungen ein: Gottlob! entlockt. Auch Guba geht in seiner Untersuchung über „Die öffentlichrechtlichen Grundlagen des Wegerechts“ (Leipzig 1917) vom Standpunkt Otto Meyers aus, obwohl ihn seine zutreffende Darstellung der landesrechtlichen Zerrissenheit des Verwaltungs- und besonders des Wegerechts (S. 2 ff.) auf die hier vertretene Ansicht führen mußte.

eines Weges zivilrechtlich begründet wird. Es war in früheren Zeiten der Verwaltungstätigkeit eine häufige und auch heute noch bestehende Übung, mittels Grundgerechtigkeit die Benutzung von Liegenschaften zu öffentlichen Verkehrszwecken dinglich zu begründen¹⁷⁾. Hier handelt der Staat nicht als öffentliche Verwaltung, sondern als Fiskus¹⁸⁾. Es liegt zwar die Versorgung von Verwaltungsgeschäften vor, aber keine obrigkeitliche, sondern fiskalische. Auch scheidet der Tatbestand aus, daß zugunsten einer Privatperson ein Grundstück zur Benutzung als Weg belastet wird. Hier ist die Verwaltung nicht beteiligt. Es handelt sich also nicht um ein Verhältnis des öffentlichen Verwaltungslebens.

Gegenstand der Darstellung ist ferner nicht die Sicherheitspolizei in bezug auf öffentliche Wege. Für die Zulässigkeit sicherheitspolizeilicher Betätigung ist es unerheblich, ob ein Weg den Gegenstand öffentlicher Verwaltungstätigkeit bildet. Wesentlich für den Begriff des Polizeirechts ist nur, daß ein Weg vorhanden ist, und daß auf diesem Wege ein allgemeiner Verkehr stattfindet¹⁹⁾. Die rechtlichen Beziehungen des Weges zur öffentlichen Verwaltung sind für diese Betrachtung unerheblich. Sie sind aber für ein Wegerecht in unserem Sinne das Ausschlaggebende. Daher scheidet die Sicherheitspolizei aus der Darstellung aus.

Gegenstand der Darstellung bilden schließlich nicht die Bestimmungen über das Verwaltungsstreitverfahren in Wegesachen. Sie sind zwar „besondere“ Normen, aber nicht des materiellen, sondern des prozessualen Verwaltungsrechts. Die Darstellung von Prozeßinstituten in einer materiellrechtlichen Untersuchung würde einen Rückfall in überwundene privatrechtliche Systematik bedeuten.

¹⁷⁾ v. Gierke II § 146, S. 661.

¹⁸⁾ Gleiner 47 ff.

¹⁹⁾ RGSt. 17. Juni 1890 u. 9. Februar 1891 (RGSt. 21, 13 u. 370). Behufs eindeutiger Begriffsbildung empfiehlt sich für diese Wege, worauf Friedrichs, Wegerecht (Hb. kommun. Verfassungs- und Verwaltungsrechts II 1 297) 301 hinweist, im Anschluß an das Pr.Ges. v. 10. August 1904 (G.S. 227) Art. I § 14 der Ausdruck „offene Wege“.

Nur solche Rechtsätze bilden mithin den Gegenstand der Darstellung, deren Tatbestand mit Rücksicht auf das Merkmal „Weg“ ein rechtlich besonderer ist. Die zu entwickelnden Institute werden freilich mit anderen unter gemeinsame Oberbegriffe zusammengefaßt werden können. Aber diese Möglichkeit tut ihrer Natur als Sonderrechtsgebilde keinen Eintrag, da die sie beherrschenden Normen einen besonderen Rechtskreis für das Wegeverhältnis setzen. Diese unterste Einheit rechtlicher Bildung ist für das Sonderrecht das Wesentliche²⁰⁾.

B. Der öffentliche Weg.

§ 2. Dogmatische Grundlegung.

I. Das Wegewesen ist eine Angelegenheit öffentlicher¹⁾ Verwaltung. Also ist der öffentliche Weg der Gegenstand eines Verwaltungsrechtsverhältnisses. Dessen Träger auf der Herrschaftsseite ist ein öffentlichrechtlicher Verband²⁾ als handelndes Subjekt des öffentlichen Rechts³⁾, m. a. W.: die Verwaltung.

Unterworfenen Teil muß notwendig ebenfalls ein Rechtssubjekt sein⁴⁾. Hierzu fähig ist ein jedes Subjekt, welches in eine verwaltungsrechtliche Beziehung treten kann. Das ist unter Umständen der Fiskus. In diesem Falle ist der Staat als Fiskus sich selbst als publizistischem Herrschaftssubjekt unterworfen⁵⁾. Dieses Verhältnis erscheint auch deshalb nicht als regelwidrig, weil grundsätzlich Selbstbindung des Staates an die Rechtsordnung besteht⁶⁾. Aus dieser allgemeinen Verpflichtung folgt die Möglichkeit der Selbstbindung im einzelnen.

²⁰⁾ Zitelmann aaO. 27.

¹⁾ RM. II 15 §§ 4, 11; ZG. § 55.

²⁾ Vgl. BadVerwGG. 19. Febr. 1907 (BadVerwZ. 39, 189); BayObVG. 25. Febr. 1908 (Seufferts Bl. 73, 549).

³⁾ Otto Mayer II 371.

⁴⁾ Gierke I 257; Windscheid-Kipp I (9) 187.

⁵⁾ RG. 9. Juni 1905 (61, 107); DVG. 13. Mai 1896 (Bohmans Mitt. 3, 134).

⁶⁾ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre (3) 364 ff.

Die Passivbeteiligung eines Subjekts bedingt nicht, es innerhalb der Rechtsbeziehung dessen Beziehungsgegenstand voranzustellen⁷⁾. Das ist eine mögliche Denkform. Logisch ebenso unanfechtbar ist die umgekehrte Verfahrensart⁸⁾. Bei dem hier zu behandelnden Institut ist es „lebensvoller und lebendiger“, in der begrifflichen Bestimmung die verwendete körperliche Sache hervortreten zu lassen. Der unbefangenen Betrachtung erscheint bei der rechtlichen Bindung eines Grundstücks zu Verkehrszwecken als das Wesentliche nicht die Duldungspflicht von Personen in bezug auf diese Liegenschaft, sondern unmittelbar deren Unterwerfung. Diese Anschauung tritt auch in der geschichtlichen Entwicklung zutage. Die einschlägigen Rechtsätze sind stets auf das verwendete Sachmittel abgestellt. Die Wissenschaft schließlich hat den Begriff der öffentlichen Sache als eines besonderen Instituts ausgebildet. Daher knüpft die Bestimmung des öffentlichen Weges als eines verwaltungsrechtlichen Verhältnisses an die natürliche Auffassung und die juristische Überlieferung⁹⁾ an, wenn sie die Liegenschaft als hauptsächliches Tatbestandsmerkmal verwendet.

Deshalb ist jedoch das Grundstück nicht Normenadressat. Die Auffassung, es habe Verwandtschaft mit einer juristischen Person, die gesetzlich vertreten wird vom jeweiligen Eigentümer¹⁰⁾, ist im geltenden Recht nicht begründet¹¹⁾. Quasi-Personen¹²⁾ sind fiktive, daher unzulässige Begriffsbildungen¹³⁾.

Es besteht also ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Sache¹⁴⁾, mithin ein öffentlich-dingliches Recht des herrschenden Subjekts. Die Dinglichkeit ist zwar ein geschichtlich

⁷⁾ Gierke I 258 ff.

⁸⁾ Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens 343.

⁹⁾ Beseler, Deutsches Privatrecht I (1) 25.

¹⁰⁾ Tezner aaO.; Walter Tellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usw. 152.

¹¹⁾ Martin Wolff Sachenrecht (3) § 106 I.

¹²⁾ Auf eine derartige Vorstellung scheint der Repräsentationsgedanke bei den Ann. 10 angeführten Schriftstellern hinzudeuten.

¹³⁾ Nur die begriffliche Fiktion ist unzulässig; anders die gesetzliche, welche mit jener nur den Namen gemein hat.

¹⁴⁾ Regelsberger, Pandekten I 72; v. Tuhr aaO. I § 5 bei Ann. 3.

im Privatrecht ausgebildeter Begriff. Daraus folgt nichts gegen seine dogmatische Verwendbarkeit im öffentlichen Recht. Auch ist die Dinglichkeit in diesem Rechtsgebiet bereits verwertet. Der Begriff begegnet uns im Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 (BGBl. 317) § 14 Satz 1:

„Die zollpflichtigen Gegenstände haften ohne Rücksicht auf die Rechte eines Dritten an denselben für den darauf ruhenden Zoll.“

Diese Haftung ist auch in der neueren Gesetzgebung beibehalten (vgl. z. B. ZuckerStG. 27. Mai 1896 [RGBl. 1171] § 3 Abs. 2 Satz 1, BranntweinStG. und ZündwarenStG. vom 15. Juli 1909 [RGBl. 661 und 814] § 8 bzw. § 6). Sie ist ein selbständiges Rechtsverhältnis neben den persönlichen zollrechtlichen Pflichten. Sie ist dinglich, da sie eine unmittelbare Beziehung der Zollverwaltung zum Zollgut darstellt¹⁵). Auch sonst finden sich im Zollrecht dingliche Bezeichnungen¹⁶).

Ferner bestimmt das Sächsische Allgemeine Baugesetz vom 1. August 1890 (GBl. 381) § 2 Abs. 1:

„Verpflichtungen, die durch baugesetzliche Vorschriften unmittelbar oder auf Grund solcher von der Baupolizeibehörde einzelnen Grundstücken auferlegt oder von Grundstückseigentümern . . . übernommen werden, haften als öffentlichrechtliche Lasten auf den Grundstücken und gehen ohne weiteres auf den Nachfolger über.“

Ebenso ordnet das Badische Ortsstrafengesetz vom 15. Juli 1907 (G. u. B. Bl. 605) § 27 Abs. 1 an:

„Besondere nicht schon aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften sich ergebende Verpflichtungen, welche auf Verlangen der Baupolizeibehörde gegenüber dieser Behörde von dem Eigentümer übernommen werden, haften, wenn sie in dem Baulastenbuch eingetragen sind, als öffentlichrechtliche Lasten (Baulasten) auf dem Grundstück

¹⁵) Hoffmann bei Stenglein, Strafrechtliche NebenG. 32; R.G. 13. Febr. 1907 (Centr.Bl.Abg.B. 1908, 383).

¹⁶) Lamp aaO. (o. § 1 Anm. 15) 71 ff., bes. 75. Franz Schneider, Das Abgabengewaltverhältnis (Tüb. 1918) 18, 54.

und gehen als solche auf jeden späteren Erwerber des Grundstücks über.“

Diese Baulasten kennzeichnet die Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 6 zutreffend:

„Die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes entstehenden Verpflichtungen der in Abs. 1 bezeichneten Art erlangen die daselbst vorgesehene dingliche Wirkung . . .“

Hier handelt es sich, wie das Gesetz ergibt, um eine sowohl öffentlichrechtliche als dingliche Beziehung¹⁷⁾.

Die gleiche Regelung trifft Württ.BauO. vom 28. Juli 1910 (Reg.Bl. 333) Art. 99 Abs. 2:

„In das Baulastenbuch sind die nach Art. 20 und 24 begründeten Verpflichtungen zur Leistung von Kanal-, Straßen- und anderen Kostenbeiträgen einzutragen. Besteht eine solche Verpflichtung zu Recht, so hat ihre Eintragung die Wirkung, daß sie als öffentlichrechtliche Last auf dem Grundstück des Verpflichteten ruht und auf die Nachfolger im Eigentum übergeht. Außerdem haftet jeder Eigentümer persönlich für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen.“¹⁸⁾

Ebenso sind die Realgewerberechte des württembergischen Rechts nach dem Gesetz vom 3. November 1855 (Reg.Bl. 269) und der Rgl. Verordnung vom 4. Januar 1843 (Reg.Bl. 25) dinglicher Natur¹⁹⁾.

Die dingliche Auffassung liegt auch zugrunde dem preußischen Gesetze betreffend die Verteilung der öffentlichen Lasten vom 25. August 1876 (G.S. 405) § 2 Abs. 1:

„Der Verteilung nach diesem Gesetze unterliegen nur Abgaben und Leistungen, sofern solche auf dem Grundbesitz haften . . .“

sowie dem preußischen Gesetz vom 14. Juli 1893 (G.S. 112) wegen Aufhebung direkter Staatssteuern § 25 Abs. 1:

¹⁷⁾ Flad, Kommentar zum Badischen Ortsstraßengesetz 316 Anm. 5.

¹⁸⁾ Vgl. hierzu Liebmann, Bauordnung für das Königreich Württemberg 91.

¹⁹⁾ Bühler, Zuständigkeit der Zivilgerichte 119ff.

„Die aus den §§ 18, 19, 20 Abs. 2, §§ 22 bis 24 folgenden Verpflichtungen ruhen auf den Gütern und Grundstücken, wofür die Entschädigung geleistet worden ist, als eine öffentliche, auf jeden Besitzer übergehende Last.“

Also soll die Verpflichtung zur Rückerstattung der Grundsteuer „nicht bloß als eine dingliche, sondern zugleich als eine öffentliche, d. h. als eine im öffentlichen Recht begründete Last“ auf dem Grundstück ruhen²⁰⁾.

Die dingliche Auffassung liegt auch zugrunde dem Pr.A.G. zum ZVG. vom 23. Dezember 1899 (G.S. 291) Art. 1:

„Öffentliche Lasten eines Grundstücks sind . . .:

2. die auf einem privatrechtlichen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen, die auf dem Grundeigentum nach Gesetz oder Verfassung haften (gemeine Lasten).“

Diese Vorschrift enthält im Anschluß an die Entwicklung die gesetzliche Begriffsbestimmung der gemeinen Lasten als dinglicher Rechtsverhältnisse²¹⁾. Einen weiteren Beleg bildet Pr.Romm.Abg.Ges. vom 10. Juli 1893 (G.S. 152) § 2 Abs. 1 Satz 1:

„Die auf besonderem Rechtstitel beruhenden Befreiungen einzelner Grundstücke von Gemeindesteuern bleiben in ihrem bisherigen Umfange fortbestehen.“

Es handelt sich nur um eine Befreiung, die „als ein dem Grundstück besonders zukommendes Recht in Anspruch genommen und gewährt wird“²²⁾, die das Grundstück als solches, nicht den Eigentümer gegen die Heranziehung des Grundstücks zu Realsteuern schützt²³⁾.

Schließlich wird auch der öffentliche Weg gelegentlich in der Rechtsprechung ausdrücklich als „öffentliche Last“, also als dingliches Rechtsverhältnis bezeichnet²⁴⁾.

²⁰⁾ RG. 13. Jan. 1898 (40, 310); vgl. ferner RG. 28. Jan. 1905 (59, 403).

²¹⁾ Gierke II § 148 IV.

²²⁾ DVG. 20. März 1896 bei Röhl-Freund, Kommunalabgabengesetz (7) 82.

²³⁾ Röhl-Freund aaO. 83.

²⁴⁾ DVG. 30. Juni 1895 (Bochmann I 607).

Verpflichtet ist wie bei allen dinglichen Verhältnissen auch bei einem öffentlichen „jeder, den es angeht“²⁵⁾. Das sind in erster Linie die an der Sache in bürgerlichrechtlicher Beziehung dinglich Berechtigten und der Besitzer²⁶⁾. Darüber hinaus alle diejenigen, welche zu der Sache in eine privat- oder öffentlich-rechtliche Beziehung treten²⁷⁾. Vgl. WR. II 15 § 2:

„Ohne besondere Erlaubnis des Staates darf sich niemand eine Verfügung über solche Straßen anmaßen.“

Die Adressaten dieses Verbots sind unbestimmte Personen, die erst im Falle der unzulässigen „Verfügung“ individualisierbar sind²⁸⁾.

Die herrschende Lehre faßt allerdings das verwaltungsrechtliche Verhältnis als „ein rein persönliches Band zwischen bestimmten Rechtssubjekten, dem Staat und den Untertanen auf“²⁹⁾.

Diese Begriffsbestimmung erscheint zunächst einer ausdrucks-mäßigen Veränderung fähig. Es besteht, soweit ich sehe, Einverständnis darüber, den verwaltenden Staat (entsprechend eine andere mit der Führung öffentlicher Verwaltung betraute öffentlichrechtliche Körperschaft) als „Verwaltung“ zu bezeichnen. Fiskus ist nur die Benennung eines Teils der Staatspersönlichkeit, nämlich seiner privatrechtlichen Subjektivität. Ebenso faßt der Begriff der Verwaltung aus dem Gesamtkreis der Befugnisse, welche der Staatspersönlichkeit als Hoheits-subjekt eignen, diejenigen zusammen, durch die er — scil. hoheitlich — seine Verwaltungsgeschäfte besorgt. Damit wird in die hoheitliche Seite des Staates ebensowenig eine ihr wesensfremde Scheidung hineingetragen wie in den einheitlichen Begriff des Staates durch die systematische Trennung seiner obrigkeitlichen und seiner privatrechtlichen Befugnisse.

²⁵⁾ So Ripp 3. Windscheid I § 38 Anm. 2.

²⁶⁾ Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanw. 152ff.

²⁷⁾ Balz, Preuß. Baupolizeirecht (4) 126.

²⁸⁾ Vgl. zur öffentlichrechtlichen Natur dieses Paragraphen: Rescript des Ministeriums des Innern 9. April 1829 (Rampf' Ann. 13, 336); Decret OAG. Rassel 18. Febr. 1843 (Striepelmann, Entsch. d. OAG. Rassel III 1, 259).

²⁹⁾ So — statt vieler — Fleiner 146.

Wir gewinnen durch Verwendung des Begriffes der „Verwaltung“ in dem obenbezeichneten Sinne nur eine Bezeichnung des Staates als Subjekt des öffentlichen Rechts, welche seine verwaltungsrechtlichen Beziehungen, sagen wir vorläufig zu gewaltunterworfenen Personen, von seinen anderen öffentlichen Rechtsbeziehungen abscheidet.

Wir können aber auch dem aufgestellten Begriff des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses in einem sachlichen Betracht nicht folgen, nämlich insofern es als „rein persönliches Band“ begriffen wird, mit andern Worten: als personen- oder schuldrechtliches Verhältnis. Das geltende preußische und außerpreußische Recht kennt, wie sich aus den vorherigen Ausführungen ergibt, auch dingliche Rechtsbeziehungen öffentlichrechtlicher Natur. Der Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses bedarf daher einer Erweiterung, um auch die dinglichen Beziehungen zu erfassen. Dadurch wird die Richtigkeit des unangreifbaren Satzes nicht berührt, daß das Verwaltungsrecht die Beziehungen zwischen dem Staate und den gewaltunterworfenen Personen regelt. Nicht nur Rechte des Staats gegenüber den Untertanen, sondern überhaupt „alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache“³⁰⁾. Bei einem dinglichen Recht ist „der Wille des Berechtigten maßgebend für das Verhalten in betreff der Sache, d. h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten Dieses oder Jenes“³⁰⁾. Es bedeutet daher nur eine, aus dem zugrunde liegenden Begriffe der Rechtsordnung auflösbare, aber bei dem Einverständnis über diesen Begriff regelmäßig nicht auflösungsbedürftige Abkürzung des Ausdrucks, wenn man sagt, die dingliche Rechtsbeziehung bestehe zur Sache. Bei einem persönlichen Verwaltungsrechtsverhältnis ist der Wille der Verwaltung maßgebend für „Diesen oder Jenen“, nämlich für denjenigen, der innerhalb des Verhältnisses auf der Untertanenseite der Verwaltung gegenübersteht. Der hoheitliche Wille bindet nur denjenigen aus der Gesamtheit aller individuell bestimmten Untertanen, der innerhalb des Verhältnisses steht. Es entspringt z. B. aus dem

³⁰⁾ Windscheid Pandekten (9) I 167.

Beamtenverhältnis ein Recht der Verwaltung nur gegenüber dem Beamten, aus der Verleihung gegenüber dem Inhaber, aus der Anstaltsbenutzung nur in Beziehung zum Benutzer. Unmittelbare rechtliche Beziehungen außer zwischen den beiden Trägern des Verhältnisses entstehen durch dieses für Dritte nicht.

Bei einem dinglichen Verwaltungsrechtsverhältnis bindet der hoheitliche Wille auf Grund dieser Beziehung nicht einen individualisierten Untertanen, sondern jedweden Untertanen. Der angeführte § 2 des ALR. II 15 bestimmt, daß „sich Niemand eine Verfügung über solche Straßen anmaßen darf“. Das ist der negativ geformte Ausdruck dessen, daß jeder mann nicht verfügen darf. Diese Nichtberechtigung eines Jeden besteht mit einer Ausnahme. Ein solcher Eingriff darf erfolgen mit Erlaubnis der Verwaltung. Er ist ohne diese Erlaubnis unzulässig, weil der Wille des Berechtigten, nämlich der Verwaltung, „für das Verhalten in betreff der Sache maßgebend ist“. Dieses staatliche Herrschaftsrecht ist verschieden von der polizeilichen Staatstätigkeit, die unter Umständen zu seinem Schutz in Wirksamkeit tritt. Polizeiliche Betätigung wirkt Beschränkung. Das Recht der Verwaltung in Beziehung auf die Sache ist rechtliche Willensmacht, begreift in Beziehung auf die unterworfenen Sache spezialisierte Herrschaftsmacht in sich. Soweit es Gebots- oder Verbotsfunktion äußert, ist das nur eine Folgeerscheinung. Es handelt sich um „öffentliche Sachherrschaft“³¹⁾.

Wir können nunmehr das Verwaltungsrechtsverhältnis bestimmen als die rechtliche Beziehung der Verwaltung zu gewaltunterworfenen Personen oder Sachen. Das Entsprechende gilt von den besonderen Gewaltverhältnissen³²⁾.

Es handelt sich demnach beim Wegerechtsverhältnis um eine öffentlichrechtliche dingliche Beziehung. Ihre nähere Begriffsbestimmung kann erst erfolgen, wenn die Art der öffentlichrechtlichen Sachherrschaft aufgezeigt ist. In dieser Beziehung sind zwei Möglichkeiten vorhanden. Entweder ist

³¹⁾ Gierke II 408.

³²⁾ Schneider aaO. 5, 8.

die Unterworfenheit eine vollkommene, so daß andere rechtliche Beziehungen der Sache nicht entstehen können. Oder es handelt sich um eine Befugnis, neben der — in welchem Rangverhältnis ist eine andere Frage — noch andere Rechtsverhältnisse bezüglich der Sache möglich sind. Jede von diesen Möglichkeiten schließt neben dem durch sie gegebenen Inhalt des verwaltungsrechtlichen Instituts die weitere Entscheidung über die Privatrechtsfähigkeit der beherrschten Sache in sich. Da dem Recht der Verwaltung öffentlichrechtliche Natur eignet, so würde im Falle seiner vollkommenen Wirkung für eine bürgerlichrechtliche Beziehung der Sache kein Raum sein. Dies ist die Auffassung Otto Mayers, der, wie überhaupt an den öffentlichen Sachen, so auch an den öffentlichen Wegen, eine auf staatshoheitlicher Grundlage beruhende Verfügungsgewalt des Staates annimmt. Diese Gewalt, das „öffentliche Eigentum“, untersteht ausschließlich dem öffentlichen Recht und zehrt bürgerlichrechtliche Beziehungen der Sache auf³³⁾. Ob die von Otto Mayer aufgestellten Begriffsbestimmungen der geltenden Rechtsordnung entsprechen oder nicht, wird die Aufzeigung des Inhalts der Rechtsnormen dartun.

Welche dieser beiden Denkmöglichkeiten (rechts)wirklich ist, läßt sich nicht ermitteln durch Aufstellung von Kategorien im menschlichen Denken, die unabhängig sind vom Wechsel der Gesetzgebung³⁴⁾. Auch handelt es sich nicht um eine Aufgabe „erkenntnistheoretischer, rechtsphilosophischer Art“³⁵⁾, überhaupt weniger um eine Frage des positiven Rechts³⁶⁾. Öffent-

³³⁾ Otto Mayer II §§ 35 ff. Weitere Literaturangaben bei Fleiner, § 20 Anm. 10.

³⁴⁾ So Theobald, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen (Mannheim 1912) 2.

³⁵⁾ H. Schelcher, Der öffentliche Weg (FischersJ. 31, 1 ff.) 12.

³⁶⁾ Schelcher meint aaO.: „Auch eine positive Gesetzesvorschrift vermag uns nicht glauben zu machen, daß das Recht des Staates an der öffentlichen Sache als Eigentum oder sonst ein Recht zu betrachten sei, wenn dies mit unseren wissenschaftlichen Begriffen in Widerspruch steht“, und ist der Ansicht (S. 15 Anm. 13), Theorien würden durch Gesetzesparagraphen „begünstigt“. Dabei verkennt er, daß Jurisprudenz Rechtswissenschaft, nicht Rechtsglaube ist, und daß demgemäß juristische Lehren durch positivrechtliche Bestimmungen nicht begünstigt, sondern aus ihnen abgeleitet werden.

liche Wege sind allerdings Sachmittel zur Befriedigung von Interessen, die es zu allen Zeiten gegeben hat. Was jedoch nach geltendem Recht darunter zu verstehen ist, läßt sich nicht aus allgemeingültigen Begriffen herleiten, sondern nur auf Grund des positiven Rechts darstellen.

§ 3. Die Entwicklung des Begriffes bis zum ALR.

I. Die Grundlage des öffentlichen Wegebegriffes liegt in der Regallehre des 17. Jahrhunderts. Es hat zwar nicht an Versuchen gefehlt, das römische Recht über *viae publicae* auf die deutschen Verhältnisse anzuwenden. Aber wie das deutsche öffentliche Recht überhaupt nicht den Stoff sondern die Methode rezipiert hat¹⁾, so ist jene Ansicht auch für die öffentlichen Wege nicht durchgedrungen²⁾.

Entsprechend dem allgemeinen Wiederaufleben des einheimischen öffentlichen Rechts im 17. Jahrhundert³⁾ entwickelte sich die Auffassung, daß hier das Regalrecht anzuwenden sei. Man ging zwar von den Sätzen des römischen Rechts aus, konnte sich aber der Einsicht in die Gegensätzlichkeit des römischen Gemeinwesens und der deutschen Staaten nicht verschließen⁴⁾. Also wurde in die entsprechenden Rechtsätze an Stelle des *populus Romanus* der Landesherr als Repräsentant des modernen Staates eingeführt⁵⁾. Damit war der Inhalt verändert, da dieser Subjektwechsel die Anwendung des einheimischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts bedingte.

Zeitlich fällt diese Lehre zusammen mit der Wiederbelebung der Lehre von den Regalien, die auf Grund von 2 F. 56 auch das

¹⁾ Laband, Über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht (Straßburger Progr. 1880) 32.

²⁾ A. M. Otto Mayer II § 35 bei Anm. 6 ohne nähere Begründung.

³⁾ Conring, de Origine Juris (1643) 163; Laband aaO. 51.

⁴⁾ Vgl. u. Anm. 21.

⁵⁾ Chr. Ern. Reichenbach, de regali viarum publicarum iure (Heidelberg 1679) § VII C. 3; Henr. de Cocceji, de regali viarum publicarum iure (exerc. curiosae I disp. 34) C. 374.

Recht der öffentlichen Wege behandelt⁶⁾. Sobald die vom römischen Recht ausgehenden Schriftsteller als Rechtssubjekt der *viae publicae* den Landesherrn betrachten, bezeichnen sie diese als Gegenstand des Regals⁷⁾. Die auch in die Praxis eingedrungene Regalität der öffentlichen Wege wird zur herrschenden Rechtsauffassung⁸⁾. Neben dem *iure gentium* bestehenden⁹⁾ Herrschaftsrecht des Landesherrn sind wesentliche Begriffsmerkmale die Herstellung eines Durchgangsverkehrs¹⁰⁾ durch das Land¹¹⁾ und die ebenfalls auf Völkerrecht beruhende¹²⁾ Gebrauchsberechtigung aller¹³⁾. Wege, die lediglich dem örtlichen Verkehr dienen, sind nicht öffentlich¹⁴⁾. Die *viae publicae* sind je nach ihrer Breite Land- und Heerstraßen oder gemeine¹⁵⁾ Wege.

Die Regalität der öffentlichen Wege wird damit begründet, daß sie die *salus publica*¹⁶⁾, insbesondere Handel¹⁷⁾ und Wandel

⁶⁾ Ahasver Fritsch, *diss. de regali viarum publicarum iure* (Jenae 1662) cap. III m 2; Struv, *iura viae regalis* (Jenae 1662), §§ X/XI; Peregrinus, *de iuribus et privilegiis Fisci* (Col. Agr. 1688), I 1 n. 16, 19; *Consilia Halensium Iurisconsultorum* II (Halae 1734), Lib. I cons. 36 (Verf.: Samuel Struß, Nov. 1696) n. 8; Ziegler, *de iuribus maiestatis* (Wittenberg 1681), Lib. II cap. XVII n. IX.

⁷⁾ Reichenbach aaD.; Cocceji aaD.; Menius, *Commentarius in Ius Lubecense* (Rostock 1659), IV Tit. II n. 2

⁸⁾ Wesenbeck, *Cons. iuris* II (Frankfurt 1660) cons. 109 n. 66; Fride-ricus Müller, *practica civilis marchica* (Berol. et Francf. 1678), res. XLVI n. 7.

⁹⁾ Reichenbach aaD. § IX; (Lauterbach) cons. Tubingensia II cons. 5 (vom 20. Juli 1666), n. 9, 12, 32; Müller aaD. res. LII, n. 4; Cocceji aaD. § 7.

¹⁰⁾ Struv aaD. § 3; Fritsch aaD. I, n. 13; cons. Tub. aaD. n. 12.

¹¹⁾ Daher sind die *viae urbanae* ausgenommen: Ziegler aaD. VI ff.; DorfD. vom 18. März 1681 bei Bamberg, Schwarzb.-Rudolst. Privatrecht, § 112.

¹²⁾ Fritsch aaD. I n. 6, V n. 1 ff., VI, 6.

¹³⁾ Cocceji aaD. II; anders noch: Arumaeus, *disc. III* (Jenae 1621) 587; Daniel, Otto, *de iure publico imperii* (Arumaeus V, 41 ff.) 138.

¹⁴⁾ Fritsch I n. 18—9; cons. ub. aaD. n. 12 ff., insb. 32. Untersuchung der sogenannten Kurzen Notiz betr. die Arnstädtschen Stadt-Thore . . . (D. J. 1709) 9: „Die Landstraßen vor den Dörffern und Städten aufhören — nicht aber durch dieselben hingehen — sondern cura viarum urbanarum Magistratui loci zustehen.“

¹⁵⁾ Haus-Genossen Recht zu Osnabrück (bei Kroß, Erläuterung des Archidiaconalwesens, Helmst. 1723) 34, 39.

¹⁶⁾ Ziegler aaD. Rp. I VIII u. Angeführte, XII; Fritsch aaD. c. 2 m. 1.

¹⁷⁾ Fritsch aaD. II n. 7—8.

fördern, und daß die für den Verkehr erforderliche Sicherheit nur mit den staatlichen Machtmitteln gewährleistet werden kann¹⁸⁾. Die öffentlichen Wege stellen nicht mehr¹⁹⁾ selbst das Regal dar. Der Landesherr besitzt sie vielmehr auf Grund desselben²⁰⁾. Also bildet den Inhalt des Regals die ausschließliche Berechtigung seines Inhabers im Wegewesen.

II. Auf diesen Grundlagen ist mit dem Lehrmäßigen²¹⁾ und tatsächlichen²²⁾ Siege des einheimischen öffentlichen Rechts die weitere Lehre von den öffentlichen Wegen aufgebaut. Die späteren Darstellungen des Regalrechts selbst führen nicht über die Lehre des 17. Jahrhunderts hinaus²³⁾. Um so eindringlicher sind die Erörterungen über den Inhalt des Wegeregals selbst, zu denen die seit dem Ende des 17. Jahrhunderts stärker einsetzende Wegegesetzgebung²⁴⁾ Veranlassung bot. Leitender Gesichtspunkt ist, daß es sich um eine auf Grund des Regals getroffene Einrichtung handelt. Sie stellt eine Erfüllung der dem

¹⁸⁾ Regn. Sixtinus, de regalibus I II 2 n. 34; Ziegler aaD.

¹⁹⁾ 2 F. 56: Regalia sunt ... viae publicae.

²⁰⁾ Fritsch aaD. c. 3 n. 13.

²¹⁾ Jo. Schilter, inst. jur. publ. (Argentorati 1697) 6ff., 237ff.; D. S. Kemmerich, de arcissimo Juris Publici privatique nexu (Jenae o. J.) 2ff.; Fried. Gg. Lautensack, diss. de inepta ratione decidendi controversias juris publici ex legibus Romanis et jure canonico von 1710 (Lips. 1738), §§ XXX, XXXV/VI, XLVII; dazu die veränderte Begriffsbestimmung des öffentlichen Rechts bei Thomasius, de rerum differentiiis § IV.

²²⁾ Ordre an die Juristen-Facultät zu Halle wegen Abfassung einiger Constitutionen zum Land-Recht Berlin 18. Juny anno 1714 (Z. für deutsches Recht VI 1841) 88ff.

²³⁾ Vgl. die teilweise wörtlichen Anführungen bei F. H. Cramer, decisiones juris publici de regalibus (Det. 1725) dec. 58; Marsovius, princ. jur. publ. (ed. VI, Lips. 1769) 779 n. XXI; Miller, diss. de eo quod. justum est circa vias publicas (Giessae 1776) XXI; Schellwitz, commentatio de exactione pecuniae pro viis publicis etc. (Frankfurt u. Leipzig 1777) § VII; Bastineller, diss. de jure viae publicae (ed. sec. Wittenberg 1775), cap. II, § 2; Wernher, observationes 6 (3. Aufl. Jenae 1756) 68; Cannegießer, dec. supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani IV (Mannheim 1790), dec. CXIV, n. 6.

²⁴⁾ Stumpp, Straßenbauakt in Württemberg in Sarweys M. S. VIII (1844), 277ff.

Landesherrn obliegenden Pflicht²⁵⁾ dar, die für den allgemeinen Verkehr erforderlichen Sachmittel bereitzustellen. Der Wegekörper ist eine Sache. Es erscheint einigen Schriftstellern wegen ihrer publizistischen Bedeutung richtig, sie wie „*omnes res quae ad regalia vel horum exercitium spectant*“ nur im öffentlichen Recht zu behandeln²⁶⁾. Diese Meinung dringt nicht durch. Wie das Regal bürgerlich- und öffentlichrechtliche Bestandteile aufweist, so findet sich auch eine zweifache lehrmäßige Behandlung.

1. Die Wegeherrlichkeit ist minderes²⁷⁾ Regal²⁸⁾. Als Gegenstück seiner Vorteile (Zölle, Wegegeld)²⁹⁾ liegen dem Regalherrn aus Gründen der natürlichen Billigkeit und des positiven Rechts³⁰⁾, vorbehaltlich besonderer Titel³¹⁾, die Wegebaulast³²⁾ und die *securitatis praestatio ob*³³⁾. Das Recht steht nunmehr³⁴⁾

²⁵⁾ Struben, *Rechtliche Bedenken* II Nr. 71; Westphal, *Deutsches Staatsrecht* 35 Abhandlung § 7; Pfefflinger, *Vitriarius illustratus* III, 225; J. H. C. von Selchow, *Anfangsgründe des braunschweig. lüneburg. Privatrechts* (Göttingen 1760) § 624.

²⁶⁾ Titius, *spec. juris publici* (2. Aufl. Leipzig 1705) III 7; Thomajus, *de rerum divisione* §§ IX ff.; Derf.: *de rerum differentiis intuitu iuris* § XI Num. b.; Derf.: *notae ad singulos J. P. C. Titulos* (Halae 1713), 29.

²⁷⁾ Kreittmayr, *Grundriß des Allgemeinen deutschen und bayerischen Staatsrechts* (2. Aufl. München 1789), §§ 7, 177.

²⁸⁾ F. C. Fr. Manßell, *Pand. Juris Mecklenburg. spec. sec.* (Rostock 1731) 24; Leyser, *medit. ad Pand. I* (2. Aufl. 1732), spec. 25, II, III, S. 256 ff.; Miller (Num. 23) XX/XXI, S. 30 ff.; Bastineller (Num. 23) cap. II § 2; H. H. Engelbrecht, *diss. de eo quod est superioritatis territorialis in iure Lubencensi* (Greifswald, 6. Febr. 1772), cap. II § IX.

²⁹⁾ Miller XXI, S. 48; Bastineller, cap. II, 14; Cramer, *Weglarische Nebenstunden*, II Fall 2 § 1; Reuß, *diss. de eo quod iust. est circa vias publ.* §§ 41, 44.

³⁰⁾ Miller 43.

³¹⁾ Miller 44.

³²⁾ Miller 42; Reuß § 13; Cramer aaO. § 7 S. 11; Dedell, *de conservatione et reparatione viae publicae* (Nürnberg, Diss. 1728), § 9.

³³⁾ Miller 42; Cramer aaO.; Roth, *Staatsrecht* II 38.

³⁴⁾ War früher das Wegeregal vom Kaiser abgeleitet, so ist es jetzt im Verhältnis zum Reich eigenes Recht des Landesherrn, zwar beschränkbar (Miller XI), aber der Regel nach unbeschränkt (Cap. Caesarea VII, 3/4) von Berg, *Polizeirecht* III (2) 547.

dem Landesherrn zu³⁵⁾, da die Polizei eine Territorialangelegenheit ist³⁶⁾, und das *supremum ius viarum* darunter begriffen wird³⁷⁾. Demzufolge hat der Landesherr das Recht der Wegegesetzgebung³⁸⁾ und =aufsicht³⁹⁾ sowie die Straßengerichtsbarkeit. Auch steht ihm die Anlegung neuer und die Veränderung bestehender Wege zu⁴⁰⁾.

2. Auf Grund dieser Zuständigkeit bestehen die öffentlichen Wege. „*Viam publicam vocamus soli quamdam portionem commercio privatorum publica autoritate exemptam eum in finem, ut per illam liberum ac simul innoxium cuique de regione in regionem iter exstet*“⁴¹⁾. Es handelt sich demnach um Wege, die des freien⁴²⁾ (d. i. allgemeinen⁴³⁾ und zoll= aber

³⁵⁾ Marsovius, *principia iur. publ.* (VI, Lips. 1769) 779; Besal= dus, *Thesaurus* (14. Aufl. Ratibor 1740), s. v. Land=Straßen 399; Anrer, *regalium ac superioritatis territoriales ad suos limites redacta diversitas* (Göttingen, Diss. 13. Mai 1755), § 21; Eitor, *Bürg. Rechtsgelehrsamkeit I* (Marburg 1757), § 1055 S. 432; § 2085, S. 8, 40; H. C. Moser, *Von der Landesherrlichkeit in Ansehung Erde und Wassers*, cap. III §§ 3/4; Miller XXIX; Titius, *spec. iur. priv. Romano / Germanici*, X, II § 9.

³⁶⁾ Reuß § 9 I.

³⁷⁾ Reuß §§ 6, 9 II; 20 II; E. J. Westphal, *Deutsches Staatsrecht* (Leipzig 1784) 35. Abh. § 8.

³⁸⁾ Reuß § 17; Roth aaD. 38.

³⁹⁾ Reuß § 18, *justissimae dec. imperii in causis Mecklenburgicis* (3. Aufl. 1756) II 14, n. 3; Besoldus aaD., s. v. Fahrweg 242; Cannegießer aaD., dec. 114 Nr. 4.

⁴⁰⁾ Reuß §§ 20ff. (vgl. das bei Reuß, S. 31 angeführte *Conclusum* des cons. imp. aulæ vom 16. Jan. 1736, welches in grav. 15 das Anlegungsrecht implizite bejaht); Bastineller aaD., cap. II §§ 3/4; F. E. Pufendorf, *observ. iuris* (Hannover 1750) obs. § 113 § II S. 305; von Berg, *Polizien= recht II* (2) 549; con. imp. aul. s. s. 19. Okt. 1724 (Schellwitz aaD. S. 17).

⁴¹⁾ Miller aaD. XIX S. 30.

⁴²⁾ Cramer aaD. 2.

⁴³⁾ „Das männiglich auff denselben zu Fuß und zu Roß wandeln und fortkommen könnön“ (Faber, *Staatskanzlen IV* 356); Helmstädtter *Facultät* vom Oktober 1716 bei Lenzer aaD. 657; Wernher, *observationes* (3. Aufl. Jenae 1756) VI obs. 436 n. 3 S. 85; Fischer, *Lehrbegriff sämtl. Kameral= und Polizeirechte II* § 564; Wege=Regl. im Herzogtum Pommern usw. vom 25. Juni 1752 (N. C. C. I 335) Ziff. 10; desgl. Ostfriesland vom 25. Febr. 1754 (aaD. 637) Ziff. 18; desgl. Ostpreußen vom 24. Jan. 1764 (aaD. III 436) § 10.

nicht wegegeldfreien⁴⁴⁾) und sicheren Hauptverkehrs⁴⁵⁾ wegen bevorrechtet sind. Diese Ausnahmestellung ist „publica autoritate“, also durch staatshoheitlichen Akt begründet. Sie hat zum Inhalt, daß der als via publica verwendete Teil der Erdoberfläche dem commercium privatorum entzogen ist. Das bedeutet: nicht dem Rechtsverkehr schlechthin, sondern dem commercium privatorum. Privati aber sind einzelne Personen im Gegensatz⁴⁶⁾ zur res publica (d. i. der deutsche Territorialstaat) und der universitas⁴⁷⁾. Mit andern Worten: der öffentliche Weg ist eine res publica, deren wesentliches Begriffsmerkmal darin besteht, „alienari nequeunt a Republica vel Universitate“⁴⁸⁾. Daraus ergibt sich einmal, daß ausschließlich diese juristischen Personen fähig sind, Rechte an den öffentlichen Wegen innezuhaben. Weil „commercium“ der Fachausdruck für privatrechtlichen Verkehr ist, so folgt weiter, daß Extracommercialität nicht Privatrechtsunfähigkeit bedeutet. Außer den aufgezeigten publizistischen Befugnissen bestehen mithin an den öffentlichen Wegen noch bürgerlichrechtliche, und zwar im Verhältnis der Unterordnung zu jenen. Denn es ist die „via exempta eum in finem, ut iter fiat“. Also ist dieser Zweck das Hauptsächliche, dem das Privatrecht nachsteht⁴⁹⁾. Die Sonderstellung der öffentlichen Sachen im privaten Rechtskreis erschöpft sich darin, daß sie nur im Eigentum des Staats (oder einer universitas)⁵⁰⁾ stehen können. „Dominium publicum

⁴⁴⁾ Bastineller § XV; Schellwih aaD. § VII S. 40.

⁴⁵⁾ Reuß § 44; Bastineller § XIV.

⁴⁶⁾ Roth aaD. 28; Glüß, Erläuterungen II §§ 164 (S. 455), 170 (S. 496); Höpfner-Weber, Kommentar über Heineccius' Inst. (8) § 272; Majer, antinomia iuris II § 32.

⁴⁷⁾ Thomasius, de rerum divisione § 10; Henr. Restner, diss. inaug. de singularibus quibusdam germanorum circa personas et res iuribus (Kinteln 1720) § VI; Estor aaD. § 1045 S. 444ff.

⁴⁸⁾ Thomasius aaD. § 7.

⁴⁹⁾ Cannegeßer aaD. (Anm. 23), dec. CXIV, n. 6: Wasserableitungservitut kann nur insoweit ausgeübt werden, „als welche mit dem Gebrauch des Weges und dessen Erhaltung zusammen bestehen kann“.

⁵⁰⁾ Thomasius aaD. § 10; Schellwih aaD. § II S. 6; Glüß, Erl. II § 170 S. 466.

das Staatseigentum dicitur, quod est penes rempublicam.“⁵¹⁾ Also ist „Staats- oder öffentliches Eigentum“ nicht die Bezeichnung für ein inhaltlich besonders gestaltetes Sachenrecht⁵²⁾. Der Ausdruck stellt vielmehr eine Benennung des berechtigten Subjektes dar⁵³⁾. Eigentum und ius viarum publicarum stehen zwar beide dem Landesherrn zu. Seine öffentlichrechtliche Funktion und seine zivilistische Befugnis werden aber von der Lehre scharf geschieden⁵⁴⁾.

In besonderer Anwendung auf öffentliche Wege sagt Biener⁵⁵⁾:

„A dominio viae privato, superioritatem viarum seu dominium publicum distinguere oportet. Utrumque quidem Principi competit, sed diversi sunt effectus.“

Als Rechtsfolgen des Eigentums führt er dann richtig Nutzungen und den Anspruch auf die Hälfte des gefundenen Schatzes auf, während er dem Regalherrn die Aufsicht über die Unversehrtheit und Sicherheit der Wege aufbürdet und ihm die Straßengerichtsbarkeit zuschreibt⁵⁶⁾.

3. Innerhalb der öffentlichen Wege werden geschieden die Land=⁵⁷⁾ und Heer=⁵⁸⁾ Straßen (in Süddeutschland auch Güterstraßen⁵⁹⁾ und Commercialstraßen⁶⁰⁾) von den

⁵¹⁾ Pauli, Diss. inaug. de iure principis circa res nullius (Halaë, Offt. 1747) § 46.

⁵²⁾ Titius, spec. j. publ. (2. Aufl. 1705), lib. III cap. 7 § 4: „Plane igitur hoc dominium, quod essentiam cum privato convenit.“ (Der Sperrdruck im Urdruck.)

⁵³⁾ Titius aaD.: „Sed per subjectum ab eodem discernitur.“ (Sperrdruck im Urdruck.)

⁵⁴⁾ Anders nur H. de Cocceji, Antinomia iuris 195; gegen diesen Majer aaD. II § 32 S. 130.

⁵⁵⁾ De natura et indole domini 105 ff.

⁵⁶⁾ Ähnlich Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts §§ 167 ff.; Hofacker, princ. iur. civ. II (2) § 75.

⁵⁷⁾ Z. B. Estor aaD. § 204.

⁵⁸⁾ Just dec. imp. aaD.; Struben, Rechtliche Bedenken IV 46 ff.

⁵⁹⁾ Information, was wegen Verbesserung der Wege und Straßen in dem Hochstbbl. Schwäbischen Kreiß hiebefor allschon vor heilsame Verordnungen gemacht worden vom 5. Juni 1737 (Ulm 1749) § 3.

⁶⁰⁾ Realindex der Hochfürstl. Brandenburg.-Dnolsbachischer Landes-Constitutionen (Dnolsb. 1774) s. v. Chausséen.

Land=⁶¹⁾ oder Gemeinde=⁶²⁾Wegen. Die städtischen Straßen werden nicht durchweg als öffentliche behandelt⁶³⁾.

§ 4. Der landrechtliche Begriff und seine Entwicklung *).

Auf dem dargelegten Zustand ist das Wegerecht des ALR. aufgebaut.

I. Die inhaltlich unveränderten publizistischen Befugnisse — entsprechend der Auffassung des Gesetzbuchs Befugnisse des Staates und nicht mehr des Landesherrn — sind hinsichtlich der Land- und Heerstraßen nicht mehr aus einem Regal abgeleitet. Die Zusammenfassung von bürgerlich- und öffentlichrechtlichen Sätzen ist aufgegeben. „Regalien im engeren Verstand“¹⁾ sind nur Nutzungsrechte an bestimmten Sachen (ALR. II 14 §§ 21 bis 24)²⁾. Wie die Überschrift des Titels II 15 „von den Rechten und Regalien des Staats in Ansehung der Landstraßen“ lautet, so stellen auch die einzelnen Sätze des ersten Abschnittes den Regalien des Staats an Land- und Heerstraßen dessen Berechtigungen und Verpflichtungen gegenüber³⁾. Die Absonderung dieser zwar den Majestätsrechten nicht zugerechneten, aber ihrem Inhalt nach hoheitlichen Zuständigkeiten stellt eine Verwirklichung des Suarezschen Planes dar⁴⁾: die Bestimmungen

⁶¹⁾ Vgl. zu den Anm. 58 Angeführten noch Dedell aaD. § 2 S. 10; Wittenberger Facultät vom Febr. 1712 bei Lenjer aaD. (ed. nova 1788) VIII 654 ff.

⁶²⁾ Hagemann, Landwirtschaftsrecht (Hannover 1807) § 248 S. 467 u. Angeführte.

⁶³⁾ Dedell aaD. §§ 3, 5, 11; dafür Titius, spec. iur. Priv. Rom.-Germ. X 11 §§ 7—8; Gassen=D. 3. Sept. 1735 (CCM. V 358), Einl. vgl. schon CCM. V 314.

*) Besondere Abkürzungen des § 4. Suarez, Ideen = Entwurf I 3, Titel von den Regalien (Materialien zum ALR. im Preuß. Justizministerium zu Berlin, Bd. 19 Fol. 10 ff.); Suarez, Allgemeine Ideen über die Lehre von den Regalien nebst einer Deduktion derselben (aaD. 37 ff.); E. I = Entwurf I 3, Titel von den Regalien; Suarez, Concept des ersten Entwurfs (aaD. 47 ff.).

¹⁾ Suarez, Ideen 39.

²⁾ Vgl. unten.

³⁾ §§ 4 u. 8; besonders deutlich § 11: Gegen den Genuß der dem Staate von den Landstraßen zukommenden Nutzungen ist er verpflichtet.

⁴⁾ Suarez, Ideen 38.

entsprechen dem bisherigen Rechtszustande. Sie werden noch in anderem Zusammenhange zu würdigen sein.

II. Die auf Grund der staatlichen Wegeherrlichkeit bestehenden Verkehrsmittel sind die Land- und Heerstraßen, das sind „Wege, die von einer Gränze des Landes zu einer anderen, oder von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte, entweder zu einem anderen oder zu Meeren oder Hauptströmen führen“ (II 15 § 1). Also sind es Wege, die dem Durchgangsverkehr dienen⁵⁾. Städtische Straßen sind nicht darunter verstanden.

Das „Recht in Ansehung der Landstraßen“ steht dem Staat zu (II 15 §§ 2 ff.), ist also ein publizistisches. Daher ist auch die in seiner Ausübung beherrschte (II 15 §§ 2/3), neu angelegte (II 15 § 16) oder verlegte (II 15 § 4) Landstraße eine dem öffentlichen Recht unterstehende Veranstaltung. Außerdem gilt für die Land- und Wasserstraßen das bürgerliche Recht. Der Vorschlag von Tevenars, sie als *res communes* zu klassifizieren⁶⁾, ist nicht durchgedrungen. Vielmehr bestimmt URK. II 14 § 21:

„Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeinsames Eigentum des Staats (Tit. 15 Abschn. 1 und 2).“

Dieses gemeine Staatseigentum ist kein nicht mit Sicherheit zu bestimmendes Recht⁷⁾ und kann auch nicht als Beleg der Lehre vom öffentlichen Eigentum in Anspruch genommen werden. Es handelt sich vielmehr um das Sachenrecht des URK. I 8 § 1.

1. Dies ergibt sich einmal aus der Entstehungsgeschichte von II 14 § 21. Schon in seiner ersten Vorarbeit für das Regalrecht legt Suarezdar, daß dem Staat als Bestandteile des Staatsvermögens außer Domänen und Monopolen⁸⁾ „gewisse Dinge zu seiner privativen Benutzung angewiesen“ sind, und daß ihm „eine Art von Eigentum darüber eingeräumt ist“⁹⁾. Daß er diese „Art von Eigentum“ nicht als Quasi-Eigentum auffaßt sondern Art als Un-

⁵⁾ Vgl. oben § 3 Anm. 45.

⁶⁾ Monita des Regierungspräsidenten von Tevenar (scil. zu E. I) in Mat. URK. XIX Fol. 147.

⁷⁾ So Biermann, Öffentliche Sachen (Gieß. Progr. 1905) 19 bei Anm. 2.

⁸⁾ Suarez, Ideen 39 v f.

⁹⁾ Suarez aaO. 39.

terbegriff der Gattung versteht, zeigt die weitere Erörterung. Es sind Sachen, die „dem Eigentum und Commercio privatorum entzogen sind und die Nutzungen daran dem Oberhaupt des Staats... bengelegt“¹⁰⁾. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung¹¹⁾ handelt es sich nur um die Bezeichnung des berechtigten Subjekts, um den Ausschluß der „Particuliers“. Zu diesen Sachen gehören auch die *viae publicae*¹²⁾. Demzufolge bestimmt C. I § 30¹³⁾:

„Das eigenthümliche Staatsvermögen besteht aus Domänen und niederen Regalien.“

und ebenso C. I § 99¹⁴⁾:

„Grund und Boden der Land- und Heer-Straßen ist das Eigentum des Staates.“

In Carmer's Gegenentwurf¹⁵⁾ erscheint bei der Begriffsbestimmung des Fiskus zuerst das „besondere Eigentum“. Vgl. § 9¹⁶⁾:

„Alle Arten der Staats-Einkünfte, welche aus der Besteuerung aus dem besondern Eigentum, nutzbaren Regalien und andern Staatsabgaben fließen, werden unter der Benennung des Fiskus begriffen und haben besondere Vorzugs-Rechte.“

Da unter den Regalien beim Fehlen einer eigenen Carmer'schen Begriffsbestimmung¹⁷⁾ die Nutzungsrechte des C. I § 35¹⁸⁾ zu verstehen sind, so ist „besonderes Eigentum“ dasjenige an den Domänen. Ebenso wie das Recht des Staates an den Land- und Heerstraßen (Carmer's C. § 24)¹⁹⁾ ist dieses besondere

¹⁰⁾ Suarez aaD. 39 v.

¹¹⁾ Vgl. oben § 3 bei Anm. 51 ff., S. 21.

¹²⁾ Suarez aaD. 40.

¹³⁾ Mat. XIX Fol. 49.

¹⁴⁾ Mat. XIX Fol. 53 v.

¹⁵⁾ Mat. XIX Fol. 151 ff.

¹⁶⁾ aaD. 154 v.

¹⁷⁾ Suarez in Mat. XIX Fol. 168.

¹⁸⁾ Fol. 49 v: „Alle nutzbaren Rechte des Staats, die weder unmittelbare Folgen eines Majestäts-Rechts, noch Domänen sind, werden unter dem Namen der niederen Regalien begriffen.“

¹⁹⁾ Mat. XIX Fol. 155: „Auch allgemeine, Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres, die Häfen und alle daraus entstehende, oder damit verbundene Nutzungen, sind ein Eigentum des Staates.“

Eigentum ein bürgerlichrechtliches (arg. Carmers E. § 17)²⁰⁾. Suarez wünschte den negativen Regalbegriff des E. I § 35 durch einen affirmativen zu ersetzen²¹⁾. Regalien sind die Nutzungsrechte aller im Eigentum des Staates stehenden Sachen mit Ausnahme der Domänen. Also war für sie ein Oberbegriff notwendig, um in Beziehung auf ihn die Regalien positiv bestimmen zu können. Deshalb führte Suarez in seinen E. I § 31 das Carmersche „besondere Eigentum“ ein²²⁾. Der Gegensatz des „besonderen“ ist das „gemeine“. So war die Möglichkeit

²⁰⁾ Mat. XIX, Fol. 155 lautet das Marginale: „Von dem besonderen Eigentum des Staats. Domainen § 17: „Einzelne Grundstücke und deren Eigentum dem Staat zur Nutzung vorbehalten werden, werden Domainen genannt.“

²¹⁾ Vgl. nächste Ann.

²²⁾ Mat. XIX fol. 166. Suarez Revision des Titels I und II ^{22a)}

fol. 168.

Die Def von Domainen ist
Einzelne Grundstücke und Ge-
sonderes ^{22b)}

fälle, deren Eigentum dem
Staat, und die ausschließende
Benutzung dem Oberhaupt desselben

~~vorbehalten werden~~
~~selben~~ ^{22c)} zukommt.

Die Def von niederen

Regalien

Die Nutzungsrechte vorstehender
Art des gemeinen Staats Eigentums
werden niedere Regalien genannt.

nb. post § 26.

Warum der § 26 wegge-
blieben, sehe ich nicht

Der § 35
bestimmt den
Begriff

der niederen Regalien, der
in der Revision
nirgends angegeben

ist. Daß die Definition ne-
gativ ist, kommt daher,
weil sich
eine affirmative nicht
gut gebrauchen läßt. Cf. No-
tatum vor v. Levenar.

^{22a)} d. i. zu Carmers Entwurf.

^{22b)} Beachtlich ist die Hinzufügung des „besonderes“ in dem Zwischen-
raum, nachdem zuerst in Übereinstimmung mit E. I § 31: „Einzelne Güter,
Grundstücke und Gefälle, deren Eigentum der Staat vorbehalten, und die
Einkünfte zur Bestreitung der Staatsbedürfnisse bestimmt werden, werden
Domainen genannt“, nur vom „Eigentum“ die Rede gewesen war.

^{22c)} In der Urschrift durchstrichen.

gegeben, den Domänen die anderen zum Staatsvermögen gehörigen Sachen unter einem Begriff gegenüberzustellen. Dann stand auch einer positiven Fassung des Regalbegriffs nichts mehr im Wege. Diese ausdrucksmäßigen Gründe haben zur Aufnahme des „gemeinen Staatseigentums“²³⁾ in E. II § 21 mit § 24²⁴⁾ und in das Gesetzbuch geführt. Damit war E. I § 99²⁵⁾ überflüssig geworden, da er nur eine besondere Anwendung des jetzt in E. II § 21 ausgesprochenen Grundsatzes enthielt.

2. Das gewonnene Ergebnis der Privatrechtsfähigkeit der Land- und Heerstraßen entspricht auch den einschlägigen Bestimmungen des ALR.

Domänen können zuf. II 14 § 16 veräußert werden, stehen also im Privateigentum. Nun bestimmt § 25:

„Dieses gemeine Staatseigentum selbst in den Domänen völlig gleich zu achten“

Daher gilt von den ihm unterworfenen Sachen das gleiche²⁶⁾.

Daraus ergibt sich ferner, daß auch die Gegenstände des gemeinen Eigentums veräußerungsfähig sind. Mithin ist es für sie, insbesondere für die Landstraßen, unerheblich, ob der Staat oder ein anderes Subjekt das Eigentum innehat. Ihre Eigenschaft als Gegenstand besonderer staatlicher Zuständigkeit ist von dieser zivilrechtlichen Beziehung unabhängig. Also ist wesentliches Merkmal nur die Unterwerfung unter die „Rechte des Staates“²⁷⁾: Die Land- und Heerstraße nach allgemeinem Landrecht ist ein öffentliches Rechtsverhältnis. Diese Entwicklung des Begriffs stellt eine Folge der Staatsauffassung des ALR. dar.

III. Die im ALR. II 15 geregelten Befugnisse des Staats waren dort weder im Sinn der älteren Lehre als höhere Regale

²³⁾ Der Ausdruck ist ein *ex dicto dnoir*, da „gemein“ auch noch im damaligen Sprachgebrauch gleichbedeutend mit „publicus“ war (Grimms W.B. Bd. 4 I 2, s. h. v. Jiff. 3 S. 3175), wenn der Ausdruck auch besonders auf das Gemeindevermögen angewendet wurde (Grimm aaO. 3177).

²⁴⁾ Mat. XIX 187.

²⁵⁾ Oben bei Anm. 14.

²⁶⁾ Anschütz im VerwArch. V S. 83.

²⁷⁾ Marginale zu II 15 §§ 2 ff.

bezeichnet, noch gehörten sie zu den Majestätsrechten. Die Lehre, daß die öffentlichen Wege eine Sache der Landespolizei seien²⁸⁾, wurde von der Wissenschaft des Staatsrechts und des deutschen Privatrechts weitergeführt²⁹⁾, somit die Rechte an ihnen als Bestandteile der „höchsten Gewalt“³⁰⁾, als „Hoheitsrechts“³¹⁾ aufgefaßt. Auch hielt man im Gegensatz zum ALR. als an einem wesentlichen Begriffsmerkmal der öffentlichen Wege daran fest, daß sie zum allgemeinen Verkehr dienten³²⁾. Die Eigentumsverhältnisse wurden als zwar bestehend, aber unerheblich erachtet³³⁾. Landrechtlich war bei der Veräußerlichkeit des Grund und Bodens der Heerstraßen nur ihre öffentlich-rechtliche Beziehung wesentlich³⁵⁾. Im Einklang mit jener Lehre und mit der gemeindeutschen Rechtsprechung³⁶⁾ teilte daher die preußische Rechtsprechung nach der Zweckbestimmung ein³⁷⁾. Das Obertribunal erwägt, daß auch andere Verbindungen von Orten als die Landstraßen, die sog. Kommunikations- oder Vizinalwege³⁸⁾, von allen benutzt werden und dem gleichen

²⁸⁾ Vgl. oben § 3 Anm. 36.

²⁹⁾ Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1.) § 270 S. 659; von Berg, Polizeirecht III (2) 547 ff.; E. F. Hagemeister, Einl. in das mecklenb. Staatsrecht (Rostock u. Leipzig 1793) §§ 98, 101 a; Runde = Danz, Hb. des heutigen d. PrR. I (2. Aufl. Stuttgart 1800), §§ 126/7; Just. Chr. Leist, Teutsch. StaatsR. (2. Aufl. Göttingen 1905) § 211; Schmalz, Teutsch. StaatsR. (Halle 1805) § 344.

³⁰⁾ Eichhorn aaO. § 263 S. 645.

³¹⁾ Danz aaO. § 126; Rühl, Gemeines teutsch. PrR. (Darmstadt 1824) § 87 S. 75; Runde, Grundf. d. gem. d. PrR. (8. Aufl. Göttingen 1829) § 101 b.

³²⁾ Gesetzes Revision Pensum XII (Berlin 1830), Mot. 163; Eichhorn aaO.; Philipps, Grundf. (2. Aufl. 1838) 551; vgl. ferner Braunschw. Wg.O. vom 11. Mai 1840 (GesWBl. 157) § 2 a und b.

³³⁾ Maurenbrecher, Deutsches Privatrecht I 132.

³⁵⁾ Oben bei Anm. 28; Bielig, Prakt. Komm. zum ALR. (Erfurt 1830) VIII 661.

³⁶⁾ Vgl. vor allem die Ausführungen in JEOB. XV 175 ff.; ferner OLG. Rostock II 69, V 293; OLG. Jena, 12. Jan. 1832 (Seufferts Arch. VII Nr. 9); OTr. Stuttgart, 9. Juni 1843 (Seufferts Arch. III Nr. 148); OLG. Darmstadt, 2. Juni 1863 (Seufferts Arch. XVIII Nr. 13).

³⁷⁾ SchoIz, Kurmärkisches Prov.R., Entwurf I § 639, II 577 ff.

³⁸⁾ Zwei gleichlautende Ausdrücke; OLG. Breslau, 6. Jan. 1837 (Schles. Arch. II 323).

Zweck wie jene dienen³⁹⁾. Die Rechtsprechung kommt ferner zu dem Ergebnis, daß die Gemeindewege, in Ansehung derer das ALR. ohne nähere Erörterung nur die Unterhaltungspflicht regelt, sich beim Vorliegen der gleichen Voraussetzungen — nicht bei Verkehr nur innerhalb der Gemeinde — von den vorerwähnten Wegen nicht unterscheiden. Sie entwickelt also aus ALR. II 15 § 1 durch seine entsprechende Anwendung den Begriff der „Landstraße im weiteren Sinn⁴⁰⁾ oder des öffentlichen Weges als aller Wege, welche zur Verbindung von Ortschaften und zum gemeinen Verkehr dienen im Eigentum des Staates (Landstraßen i. e. S.) oder im Eigentum von Gemeinden und Privaten“⁴¹⁾. Die übrigen wegerechtlichen Vorschriften werden auf die öffentlichen Wege erstreckt⁴²⁾. Die entsprechende Anwendung war unstatthaft mit Rücksicht auf ALR. I 8 § 32:

„In allen Fällen aber können Einschränkungen des Eigentums, welche nicht aus besonderen wol erworbenen Rechten eines Andern entspringen, nur durch Gesetz begründet werden.“⁴³⁾

Es hat sich hier jedoch durch Gerichtsgebrauch ein Gewohnheitsrecht gebildet⁴⁴⁾.

Diese Auffassung des öffentlichen Weges wurde von der späteren Lehre des neunzehnten Jahrhunderts⁴⁵⁾ und von der preussischen Praxis (der Verwaltung⁴⁶⁾ wie der Ge-

³⁹⁾ 8. Mai 1858 (Striethorsts A. 29 Nr. 63 S. 285); 8. Febr. 1868 (aaD. 74 Nr. 4 S. 16).

⁴⁰⁾ Eichhorn, Einl. (4. Aufl. Göttingen 1836) § 272.

⁴¹⁾ OLG. Breslau, 13. Jan. 1838 (Schlesl. II 235 ff.); OTr. 9. Okt. 1837 (Schlesl. II 361); OTr. 8. Mai 1869 (Striethorsts A. 74, 16).

⁴²⁾ OTr. 12. Juli 1876 (55, 195) u. Angef.

⁴³⁾ Beseler aaD. II 113.

⁴⁴⁾ Vgl. R.G. 6. Nov. 1880 (2, 185).

⁴⁵⁾ H. A. Zachariä, Das Staats- und Bundesrecht II (2), § 196 II; Beseler aaD. II § 76 S. 16; Mohl, Württ. Staatsrecht II (2. Aufl. n. Ausg.) §§ 244/5; von Daniels, Preuß. Pr.R. (Berlin 1851) 78 ff.; Stobbe, Deutsch. Pr.R. I (3) 599; Heimbach in Weiskes Rechts-Lex. s. v. unter Wege und Straßen 468 ff.; Foerstermann, Princ. preuß. Pol.R. 348; Förster-Eccius, Preuß. Pr.R. I (7) § 21 S. 112 ff.; Dernburg, Preuß. Pr.R. I (5) § 67 S. 137; Kraft, Wegerecht und Haftpflicht (Gruchots Beitr. 58, 101) 121.

⁴⁶⁾ Min. Inn. 31. Juli 1840 (MinBl. 323).

richte⁴⁷⁾) beibehalten. Sie hat ihren Ausdruck in Preußen zuerst durch Gesetze nicht wegerechtlichen Inhalts erhalten. Das Gesetz betreffend Grundsteuerbefreiungen vom 24. Februar 1850 (G.S. 62) § 2 bestimmt:

Ausgenommen von der Bestimmung des § 1 bleiben diejenigen Grundstücke, welche dem Staate, den Provinzen, den Kreisen oder den Gemeinden gehören, insofern sie zu einem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt sind, insonderheit also:

a) Gassen, Plätze, Brücken, Land- und Heerstraßen, . . .

Also können auch „Gassen, Plätze, Fahr- und Fußwege“ zu einem öffentlichen Dienst oder Gebrauch bestimmt sein, und sie „gehören“, stehen also im öffentlichen Eigentum. Auch die G.B.D. vom 5. Mai 1872 § 2 Abs. 1 sprach von öffentlichen Landwegen und von deren Eigentümer. Ebenso verfährt die Rgl. Verordnung vom 13. November 1899 (G.S. 519) § 1. Vom „Eigentum des Staates an den Staatschausseen“ handelt Dot.G. vom 8. Juni 1875 (G.S. 497) § 18 Abs. 2. Vgl. ferner G. betr. die Abänderung der Wegegesetze im Regierungsbezirk Cassel vom 16. März 1879 (G.S. 225) § 8 Abs. 1.

IV. Die gesetzestechnische Entwicklung des Begriffs über ALR. II 15 § 1 sowie über die Einteilung der öffentlichen Wege in Landstraßen im engeren und weiteren Sinne hinaus beruht auf außerpreußischen Vorbildern.

Die Schleswig-Holsteinische Wg.=D. vom 1. März 1842 (Chron. Samml. der B., V, IV 191) bestimmt:

„§ 6 Satz 1: Jeder Weg, der für den gemeinen Verkehr zu benutzen und demselben nicht mittels Anerkennung eines entgegenstehenden Privatrechts entzogen ist, gehört den öffentlichen Wegen an.“

„§ 13 Satz 1: Der Grund und Boden der öffentlichen Wege ist der Privatdisposition entzogen.“

⁴⁷⁾ Vgl. die Rechtsprechung bei Koch, ALR. (8) zu I 8, Anm. 3. Ferner Dr. 2. Febr. 1870 (Striethorffs N. 79 Nr. 10); Dr. 12. Juli 1875 (E. 75, 158) u. Angef.; DVB. 29. Sept. 1886 (17, 285); Comp. Ger. 8. Jan. 1898 (Bl. 19, 358); R.G. 16. Juni 1899 (Bl. 21, 197).

Diese Entziehung bedeutet nicht, wie man aus dem Wortlaut schließen könnte, eine Verneinung privaten Rechts am Grund und Boden. Sie umschreibt vielmehr (das ist jedenfalls die Auffassung des Schleswig-holsteinischen Schrifttums aus den 50er Jahren⁴⁸⁾ und der Standpunkt der Praxis⁴⁹⁾) lediglich den Vorrang der vom Staat zwecks Ermöglichung des Gemeingebrauchs angeordneten Eigentumsbeschränkung.

Ähnlich bestimmt das Hannov. G. über die Gemeindewege (G.G. 1850 I 141) § 2:

„Öffentliche Wege sind solche Wege, welche zu allgemeinem Gebrauch dienen und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können.“⁵⁰⁾

Dieser Satz ist wörtlich in die Wegeordnung für die Provinz Sachsen § 1⁵¹⁾ übernommen worden. Ihm entspricht Wg.O. Westpr. § 2 Abs. 1. Die ausdrucksmäßige Weiterbildung des Instituts zur Publizität brachte Wg.O. Pos. § 2 Abs. 1:

„Öffentliche Wege sind Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit dem allgemeinen Verkehr gewidmet sind.“

Auf Anregung des Ostpreussischen Provinziallandtages⁵²⁾ ist, ohne daß hierdurch eine sachliche Änderung bezweckt oder herbeigeführt wäre, demgegenüber Wg.O. Ostpr. § 2 Abs. 1 dahin geändert:

„Öffentliche Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind.“

V. Das Eigentum an dem öffentlichen Wege ist als eine Erscheinungsform des landrechtlichen Eigentums gemäß G.G. 3. BGB. Art. 181 in das Eigentum des BGB. übergegangen⁵³⁾.

⁴⁸⁾ N. Falck, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht V 1 (Altona 1848) § 105 S. 131 ff.

⁴⁹⁾ Regierung Schleswig, 15. Dez. 1885 (C. G. Rühl, Schleswig-Holsteinische Wege-Gesetzgebung 296).

⁵⁰⁾ Vgl. ferner Oldenb.Wg.O. vom 12. Juni 1861 (G.G. 17, 779) Art. 1 § 2: Öffentlich ist jeder Weg, welcher dem gemeinen Verkehr nicht kraft Privatrechts entzogen werden kann.

⁵¹⁾ Diese Bestimmung mißt eine über ihr Geltungsgebiet hinausgehende allgemeine Bedeutung bei RGZ. 30. Nov. 1898 (J.W. 1899, 20).

⁵²⁾ Bdlg. 22. Ostpr.Prov.Vtg. 1909 II 87.

⁵³⁾ Wg.O. Ostpr. § 6.

Es besteht, ist aber „für die Frage der Öffentlichkeit des öffentlichen Weges nicht entscheidend, für dieselbe bedeutungslos“⁵⁴⁾. Das gleiche gilt auch von den beschränkten dinglichen Rechten am Wegekörper und von Forderungsrechten, die den Wegekörper zum Gegenstand haben. Das Eigentum ist beschränkt⁵⁵⁾. Den Umfang dieser Beschränkung wird die weitere Erörterung darlegen. Insoweit diese Beschränkung dem „nicht entgegensteht, kann der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Er kann also z. B. dingliche Rechte bestellen⁵⁶⁾, Pachtverträge vereinbaren — etwa über den Ertrag ihm gehöriger Obstbäume auf dem öffentlichen Wege —, Beeinträchtigungen des Eigentums abwehren⁵⁷⁾, überhaupt mit der angeführten Maßgabe sein Eigentum in jedem Betracht ausüben⁵⁸⁾. Auch unterliegt das Grundstück der Zwangsversteigerung⁵⁹⁾. Das alles regelt sich nach den Sätzen des bürgerlichen Rechtes. Für unsere Erörterung, die sich mit dem Inhalt des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses befaßt, scheiden diese rechtlichen Beziehungen des Wegekörpers aus⁶⁰⁾.

⁵⁴⁾ DVG. 3. Febr. 1891 (20, 219) u. Angeführte.

⁵⁵⁾ DVG. 22. Jan. 1900 (36, 240). R.G. 11. Jan. 1916 (88, 16).

⁵⁶⁾ R.G. 12. Juni 1895 (Gruchots Beitr. 39, 881). Auf die sehr ungünstige rechtliche und wirtschaftliche Stellung des dinglich Berechtigten weist hin Schulkenstein, Hypothek und Wegerecht (D.J.Z. 1911, 1523). Die Sicherung der Drittberechtigten sucht Bad. Orts-Strassen-Ges. (o. S. 8) § 27 Abs. 4 zu erreichen, in dem ihre Benachrichtigung und Anhörung vor Eintragung der Baulast vorgeschrieben ist.

⁵⁷⁾ Komp.Gerichtsh. 8. Jan. 1898 (Bl. 19, 359).

⁵⁸⁾ R.G. 16. Juni 1899 (Bl. 21, 197).

⁵⁹⁾ DVG. Dresden 8. April 1902 (Fischers J. 25, 252).

⁶⁰⁾ Wenn auch eine erhebliche Wertminderung der betroffenen Liegenschaften außer Frage steht, so geht doch Gubas Annahme (aaO. [o. S. 1 Anm. 16] 21) zu weit, daß hier jede privatwirtschaftliche Wertgrundlage fehle.

Lebenslauf.

Ich, Gerhard Oskar Lassar, evangelischen Bekenntnisses, bin am 16. Februar 1888 als Sohn des weiland a. o. Professors Dr. med. Oskar Lassar und seiner Ehefrau Emma geb. Büding in Berlin geboren. Ich bin preussischer Staatsangehöriger. Die Reifeprüfung bestand ich Ostern 1907 am Wilhelmgymnasium in Hamburg.

Ich war S.=S. 1907 bis W.=S. 1907/08 an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg und S.=S. 1908 bis W.=S. 1910/11 an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin immatrikuliert.

Im S.=S. 1910 verlieh mir die Fakultät auf Grund meiner Bewerbungsschrift über die ausgeschriebene Aufgabe „Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“ das Stipendium der Dr. Paul-Schulze-Stiftung.

Als Mitglied des juristischen Seminars nahm ich teil an den Übungen der Herren Professoren Anschütz, von Gierke, Ripp, Seckel.

Im Jahre 1911 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut“ und war sodann im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Das Rigorosum bestand ich am 30. April 1918 „magna cum laude“.

Zur Zeit bin ich Assistent bei der Berliner juristischen Fakultät. Ich war Kriegsteilnehmer.

Allen meinen verehrten Herren Lehrern sage ich ehrerbietigen Dank, besonders den Herren Geheimräten Professoren Dr. Anschütz und Triepel für die gütige Förderung, die sie der vorgelegten Untersuchung haben angedeihen lassen.